

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les attestations écrites

Mougenot, Dominique; Hoc, Arnaud

Published in:

La preuve dans le procès civil

Publication date:

2015

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D & Hoc, A 2015, Les attestations écrites. Dans S Rutten & B Vanlerberghe (eds), *La preuve dans le procès civil*. Centre Interuniversitaire de Droit Judiciaire, La Charte, Bruxelles, p. 99-113.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LES ATTESTATIONS ÉCRITES¹

Dominique Mougenot

Juge au tribunal de commerce de Mons-Charleroi

Maître de conférences invité à l'UNamur et à l'UCL

Arnaud Hoc

Assistant à l'UCL (Centre de droit privé)

I. INTRODUCTION

1. La pratique consistant, pour les parties en litige, à produire à l'appui de leurs dires des attestations écrites émanant de tiers n'est pas inconnue des juridictions civiles belges. De tels écrits se trouvent depuis longtemps admis en jurisprudence au titre de simples présomptions².

La loi du 16 juillet 2012³, inspirée en cela par le Code de procédure civile français (C.P.C.), vient consacrer et encadrer cette pratique. Transposant quasi littéralement les articles 200 à 203 C.P.C., les nouveaux articles 961/1 à 961/3 du Code judiciaire font ainsi du témoignage écrit une mesure d'instruction à part entière. À ce titre, la production d'attestations écrites peut désormais être ordonnée même d'office par le juge, là où auparavant elle ne pouvait résulter que d'une démarche des parties.

Publiée au *Moniteur* le 3 août 2012, la loi est entrée en vigueur le 13^e jour du même mois. Conformément à l'article 3 du Code judiciaire, elle est donc applicable à tous les litiges qui étaient en cours à cette date ou qui ont pris cours depuis celle-ci. Comme on pouvait s'y attendre, les nouveaux articles n'ont pas manqué depuis lors de susciter certaines interrogations en doctrine quant aux principes devant guider leur interprétation, tout autant qu'ils ont déjà donné lieu dans les prétoires à des débats relatifs à leur application concrète.

¹ La présente contribution reproduit en partie, tout en l'agrémentant de développements nouveaux, un article déjà paru précédemment au *Journal des Tribunaux* (A. Hoc, «Les attestations écrites dans le Code judiciaire», *J.T.*, 2013, pp. 277-281).

² Cass., 19 mai 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 1011; Civ. Arlon, 16 janvier 1998, *R.G.D.C.*, 1998, p. 253; Mons, 17 février 2004, *J.T.*, 2004, p. 524; Mons (2^e ch.), 5 décembre 2011, *J.T.*, 2012, pp. 117-118.

³ L. du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil, *M.B.*, 3 août 2012, p. 45960.

II. GENÈSE DU TEXTE

A. Régime antérieur

2. Comme on l'a dit, avant l'entrée en vigueur de la loi du 16 juillet 2012, rien n'empêchait une partie à un litige de produire, à l'appui de ses prétentions, des attestations écrites émanant de tiers. Celles-ci ne valaient cependant qu'au titre de présomptions de l'homme⁴. Leur régime ne pouvait donc être assimilé à celui de la preuve testimoniale régissant le témoignage oral recueilli sous serment dans le cadre de la procédure dite d'«enquête» (art. 915 et suivants C. jud.)⁵.

La distinction entre preuve testimoniale et présomptions, pour importante qu'elle soit, doit cependant être relativisée au regard de leur admissibilité et de leur force probante, qui sont en tous points identiques. Ainsi, en matière civile, tant la preuve testimoniale que les présomptions ne sont admissibles que pour rapporter la preuve de faits, qu'ils soient matériels ou juridiques. En tant qu'elles portent sur des actes juridiques, elles ne sont admissibles que si la valeur de ceux-ci n'excède pas 375 euros (art. 1341 C. civ.)⁶. Même parallélisme quant à la force probante attachée aux deux modes de preuve: l'un et l'autre en sont dépourvus⁷. Il appartient donc au juge, dans les deux cas, d'en apprécier souverainement la valeur probante, c'est-à-dire le caractère convaincant⁸. Preuve testimoniale et présomptions partagent donc le même terrain d'élection: celui des faits, dont l'importance est souvent déterminante dans le contentieux familial⁹, celui du droit du travail ou encore celui de la responsabilité aquilienne et contractuelle.

B. Dialogues Justice et proposition Brodcorne

3. Il n'y a donc pas lieu de chercher derrière les nouveaux articles 961/1 à 961/3 du Code judiciaire une quelconque volonté du législateur de conférer au témoignage écrit la force probante qu'il n'aurait pas eue jusque-là. Certes, la consécration par la loi de son admissibilité a pour effet de le faire passer du rang de simple présomption à celui de preuve testimoniale, mais comme on vient de le voir, cette promotion reste sans effet à cet égard. Bien plus certainement, l'inscription du témoignage écrit au rang des preuves testimoniales répond à un souci, déjà jugé pressant par le professeur de Leval et le sénateur Erdman dans leurs *Dialogues Justice* de 2004, de rendre le procès civil plus rapide, plus efficace et

moins onéreux¹⁰. Dans leur esprit, le recours au témoignage écrit devait permettre dans de nombreux cas de faire l'économie de la procédure d'enquête, jugée lourde et ne présentant pas les mêmes avantages en termes de concision, de maîtrise de la pensée et surtout de rapidité¹¹. Il leur apparaissait par ailleurs assez simple d'en consacrer l'existence dans notre droit positif, les articles 200 à 203 du Code de procédure civile français présentant à cette fin un modèle pouvant selon eux être importé tel quel.

Visiblement sensible à de tels arguments, le député Christian Brodcorne reprend l'idée dans une proposition de loi déposée à la Chambre le 9 août 2010 se donnant pour objectif de «modifier le Code civil et le Code judiciaire en vue de supprimer des formalités de procédure onéreuses et superflues»¹², et qui deviendra sans grands heurts ni substantielles modifications la loi du 16 juillet 2012.

C. Principes d'interprétation

4. La loi ne s'écarte en rien de la proposition de Georges de Leval et Fred Erdman. Les articles 961/1 à 961/3 sont en effet, à l'exception de quelques aménagements cosmétiques, la reproduction à l'identique des articles 200 à 203 du Code de procédure civile français. Selon l'auteur même de la proposition de loi, «il va de soi que le nouveau texte devrait recevoir, en droit belge, la même interprétation que celle qui lui est donnée en France»¹³. Ce principe d'interprétation semble donc devoir s'imposer tant au commentateur qu'au praticien.

Pour autant, cette exigence doit être conciliée avec la nécessité d'inscrire la mesure dans le cadre plus large des mesures d'instruction tel qu'il est tracé par le Code judiciaire belge. De manière tout à fait singulière, le témoignage écrit prend ainsi les allures d'une mesure à mi-chemin entre le témoignage oral, dont il poursuit les objectifs, et la production de documents, dont il emprunte les moyens. Il doit donc être également possible d'interpréter les nouveaux articles régissant le témoignage écrit à la lumière des solutions qui prévalent pour ces deux autres mesures dont il est somme toute assez proche. Enfin, lorsqu'ils sont produits spontanément par les parties, les témoignages écrits constituent des pièces de leur dossier et doivent donc être traités comme telles.

⁴D. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 325-326.

⁵*Ibid.*, p. 303 et s.

⁶*Ibid.*, p. 305. Il est fait exception à cette règle s'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347 C. civ.) ou si on se trouve dans l'impossibilité de prouver par écrit (art. 1348 C. civ.). Par ailleurs, en matière commerciale, la preuve testimoniale est toujours admissible (art. 1341, al. 2, C. civ et art. 25 C. comm.).

⁷*Ibid.*, p. 303.

⁸*Ibid.*, p. 303.

⁹Sur l'application de cette nouvelle mesure d'instruction en matière familiale, voy. W. VAN DEN BUSSCHE et W. SRS, «Het bewijs door een schriftelijke getuigenverklaring. Commentaar bij de wet van 16 juli 2012. Verba volant, scripta manent?», *T. Fam.*, 2013/2, pp. 30-37 et D. PIRE, «La procédure de production d'attestations dans le Code judiciaire», *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 45-59.

¹⁰F. ERDMAN et G. DE LEVAL, *Dialogues Justice – Rapport de synthèse rédigé à la demande de Mme Laurette Onkelinx, vice-première ministre et ministre de la Justice*, juillet 2004.

¹¹*Ibid.*, p. 223.

¹²Proposition de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de supprimer des formalités de procédure onéreuses et superflues, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2010, n° 53-0075/1.

¹³*Ibid.*, p. 5.

III. RÉGIME GÉNÉRAL

A. Conditions d'admissibilité

1. Généralités

5. Le juge peut recevoir des attestations écrites émanant de tiers lorsque la preuve testimoniale est admissible (art. 961/1 C. jud.). Il appartient au juge de décider en fait si la preuve par témoins peut être apportée utilement, pour autant qu'il ne méconnaisse pas le droit des parties d'apporter pareille preuve¹⁴. Cela n'empêche évidemment pas une partie de produire une attestation sans autorisation du juge, sans que l'on puisse savoir l'attention que le magistrat lui prêterait.

En outre, la preuve testimoniale ne peut être admise que lorsqu'elle porte sur des faits précis et pertinents¹⁵, ce qui suppose notamment que le fait à prouver soit articulé avec une précision suffisante pour permettre au juge d'apprécier sa gravité et à la partie adverse de se défendre par la preuve contraire¹⁶. Le respect du principe contradictoire impose également qu'elle soit rapportée en temps utile pour permettre à la partie adverse de répliquer¹⁷, la jurisprudence française s'étant d'ailleurs constamment prononcée en ce sens¹⁸.

2. Incompatibilités

6. Les attestations doivent être établies par des personnes qui remplissent les conditions requises pour être entendues comme témoins (art. 961/2, al. 2, C. jud.). Ces conditions sont fixées à l'article 931 du Code judiciaire. Ne peuvent ainsi être entendus comme témoins les mineurs de moins de 15 ans (sauf exceptions) ni les enfants dans des litiges qui opposent leurs parents¹⁹.

Une autre question est celle de savoir si des personnes soumises au secret professionnel, tels les avocats ou les médecins, sont admises à produire des attestations écrites. En toute logique, cette question devrait appeler la même réponse pragmatique que celle qui prévaut en matière de témoignage oral et de production de documents, les principes gouvernant l'appréciation du secret professionnel étant les mêmes dans l'un et l'autre cas²⁰. À cet égard, il convient de noter que la Cour de cassation ne semble pas s'être ralliée à une conception trop absolue du secret professionnel, préférant manifestement considérer l'objectif poursuivi par la règle du secret²¹. Elle a ainsi déjà jugé qu'il appartenait au juge du fond de vérifier si, d'après les éléments propres à la cause, le silence du médecin n'était pas détourné

de son but²². La solution adoptée en France converge dans le même sens. Il y est ainsi admis qu'une personne tenue au secret professionnel ne peut établir une attestation²³, à moins qu'elle ne relate des faits dont elle a été témoin en dehors de l'exercice de sa profession²⁴. Par exemple, un médecin pourrait attester de faits auxquels il a assisté comme ami d'un couple et non en sa qualité de médecin²⁵. Même si elle n'est pas condamnable sur pied de l'article 458 du Code pénal lorsqu'elle se conforme à de tels principes, il y a tout lieu de penser que la personne tenue au secret professionnel ne saurait cependant être dispensée d'obtenir l'autorisation préalable de son ordre professionnel avant de témoigner en justice.

3. Témoignage indirect?

7. L'attestation ne peut être admise qu'en tant qu'elle contient la relation de faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés (art. 961/2, al. 3, C. jud.). Il ne saurait donc être question de produire, sous couvert d'une attestation écrite, des avis, des explications techniques ou des documents qui ne contiendraient pas un témoignage²⁶. Envisager les choses autrement reviendrait en effet à accepter que des attestations écrites puissent servir de support à des expertises ou à des productions de documents qui ne diraient pas leur nom.

La question de savoir si le témoignage indirect peut être admis est plus délicate. Une première position consiste à dire que le témoignage indirect devrait être admis, puisque la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de juger, en matière de témoignage oral, qu'aucune disposition légale ou principe de droit ne limitait l'admissibilité d'un témoignage indirect²⁷. Certains auteurs refusent cependant cette analogie, lisant dans les termes mêmes de l'article 961/2, al. 3, du Code judiciaire une volonté plus claire du législateur d'exclure ici le témoignage indirect²⁸, cette position trouvant quelque soutien en jurisprudence française²⁹. Pour d'autres encore, le problème vient de la contradiction entre les termes très généraux de l'article 961/1 du Code judiciaire («lorsque la preuve testimoniale est admissible») et ceux beaucoup plus restrictifs de l'article 961/2 («l'attestation contient la relation de faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés») ³⁰. Quoi qu'il en soit, il y a fort à parier qu'à défaut d'un arrêt de principe de la Cour de cassation sur ce point, ces controverses doctrinales trouveront bientôt leur écho en jurisprudence³¹.

²² Cass., 30 octobre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 249.

²³ Cass. fr. (2^e ch. civ.), 24 juin 1992, *Bull. civ.*, II, n° 173; Toulouse, 17 mars 1992, *R.T.D. civ.*, 1993, p. 104, note HAUSER.

²⁴ S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 822.

²⁵ Cass. fr. (2^e ch. civ.), 6 juillet 1977, *D.*, 1977, IR 493.

²⁶ D. MOUGENOT, «La loi du 16 juillet 2012 modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de simplifier les règles qui gouvernent le procès civil», *J.T.*, 2012, p. 635.

²⁷ Cass., 25 février 1980, *Pas.*, 1980, p. 768, *J.T.T.*, 1980, p. 349, *R.W.*, 1980-81, p. 384 et *R.D.S.*, 1980, p. 352.

²⁸ B. SAMYN, «Schriftelijke verklaring van derden als nieuwe onderzoeksmaatregel», *Juristenkrant*, 26 septembre 2012, p. 7.

²⁹ Paris, 29 avril 1977, *Bull. avoués*, 1978, 3, p. 35.

³⁰ W. VANDENBUSSCHE et W. Sys, *op. cit.*, p. 32.

³¹ *Ibid.*, p. 33.

¹⁴ Cass., 17 septembre 1999, *Larc. Cass.*, 1999, n° 1512 et *Dr. circ.*, 2000, p. 13.

¹⁵ Liège, 21 avril 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 497 et *J.T.*, 1998, p. 797.

¹⁶ Liège, 18 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 620.

¹⁷ J.P. Grâce-Hollogne, 24 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1277 (somm.).

¹⁸ W. VANDENBUSSCHE et W. Sys, *op. cit.*, p. 7 et la jurisprudence citée.

¹⁹ Sur ce point précis, voy. D. PIRE, *op. cit.*, p. 50.

²⁰ Bruxelles, 14 mars 2007, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 304.

²¹ J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS et O. MIGNOLET, «Examen de jurisprudence (1991 à 2001) – Droit judiciaire privé», *R.C.J.B.*, 2002, p. 716.

En attendant, il convient de rappeler que les témoignages indirects, même lorsqu'ils sont admis, doivent être appréciés avec circonspection en raison de l'imprécision et de l'incertitude que l'on peut craindre de tels témoignages³², leur valeur probante étant pour le reste abandonnée aux lumières et à la prudence du juge³³.

On notera enfin qu'une déclaration enregistrée n'est pas une preuve écrite et ne peut constituer une attestation: il ne s'agit donc que d'une simple présomption.

B. Conditions de forme

1. Généralités

8. L'attestation doit mentionner les noms, prénoms, date et lieu de naissance, domicile et profession de son auteur (art. 961/2, al. 4, C. jud.). Ces mentions doivent permettre d'identifier l'auteur du témoignage avec un grand degré de certitude.

L'auteur de l'attestation doit également mentionner, s'il y a lieu, son lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles (art. 961/2, al. 4, C. jud.). Cette dernière notion n'étant pas définie par la loi, on se référera utilement aux indices suggérés par l'article 937 du Code judiciaire en matière de témoignage oral³⁴, telle l'existence d'un contrat de société ou d'un contrat de travail entre le témoin et une partie. L'existence de tels liens peut bien sûr amener le juge à relativiser le crédit à apporter aux déclarations faites par le témoin.

L'attestation indique en outre qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales (art. 961/2, al. 5). La forme même que pourraient prendre ces sanctions n'est pas encore clairement définie (voy. *infra*), mais la formalité n'a sans doute d'autre but que de dissuader le témoin qui serait tenté de faire des déclarations mensongères. Pour naïve qu'elle paraisse à première vue, il semblerait bien que la mesure ne laisse pas indifférents les témoins potentiels, dont on observerait déjà en pratique plus de réticences qu'avant à produire des attestations écrites.

2. Caractère manuscrit?

9. L'attestation doit être écrite, datée et signée de la main de son auteur (art. 961/2, al. 6). Est-ce à dire que l'attestation doit nécessairement, et dans son intégralité, être manuscrite? Cette question a donné lieu à quelques débats. Si

en France la jurisprudence est à peu près muette sur ce point³⁵, la doctrine s'y est plutôt prononcée dans ce sens, en établissant le parallèle avec les formes que doit respecter le testament olographe³⁶, dont on sait qu'il doit être rédigé entièrement de la main du testateur (art. 970 C. civ.). Cette exigence vise à s'assurer de la liberté d'expression de ce dernier et du sérieux de sa disposition³⁷, et semble de ce fait répondre aux mêmes préoccupations qu'en matière d'attestation écrite. Sans être trop naïf sur ce point, on est donc tout de même autorisé à penser que le caractère manuscrit de l'attestation est de nature à réduire les risques que celle-ci soit rédigée par un tiers et simplement «copiée-collée» par le témoin³⁸.

Le principal obstacle à cette solution réside dans la version néerlandaise du texte, qui dispose simplement que l'attestation écrite «wordt geschreven, gedagtekend en door de opsteller ervan ondertekend». Autrement dit, il n'est fait aucune référence directe au caractère manuscrit de l'attestation si ce n'est pour la signature, qui l'est nécessairement.

Cette controverse ne doit cependant pas faire oublier le fait qu'en définitive, il revient au juge d'apprécier librement l'incidence du non-respect des formes sur la validité de l'attestation (voy. *infra*) et qu'une attestation irrégulière en la forme peut toujours être admise comme présomption, ce qui ne change rien sur le plan de sa force probante, identique dans les deux cas.

3. Langue

10. Avec cette modification législative, le statut des témoignages écrits devient hybride. Soit ils sont produits spontanément par les parties et s'intègrent alors dans leur dossier de pièces. Soit ils sont demandés par le juge et versés directement au dossier de la procédure. Il s'agit alors d'une véritable mesure d'instruction. Cette distinction a une incidence sur l'emploi des langues.

Si les attestations des témoins sont déposées au dossier de pièces des parties, alors le juge peut, à la demande de la partie adverse, en ordonner la traduction dans la langue de la procédure (loi du 15 juin 1935, art. 8)³⁹. La traduction doit alors être déposée par la partie qui invoque cette pièce.

Si les attestations sont déposées directement au dossier de la procédure à la demande du juge, leur régime linguistique est moins clair. L'article 32 de la loi dispose que les témoins sont entendus dans la langue de la procédure, à moins qu'ils ne souhaitent faire usage d'une autre langue. Si le magistrat ou une partie ne connaissent pas cette langue, il est fait appel à un interprète, dont les frais sont à charge du trésor. La transposition de cette disposition aux attestations écrites

³² Liège, 27 octobre 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 516, *Div. Act.*, 2000, p. 115 et *R.R.D.*, 1999, p. 38.

³³ Cass., 25 février 1980, *Pas.*, 1980, p. 768, *J.T.T.*, 1980, p. 349, *R.W.*, 1980-1981, p. 384 et *R.D.S.*, 1980, p. 352.

³⁴ P.-J. RICHARD, «Ceci est une révolution! (non pas l'iPhone 5, l'article 961/1)», *Bulletin de prévention*, n° 21, décembre 2012, p. 3.

³⁵ Paris, 14 décembre 1989, *JCP G*, 1990, IV, p. 262: cet arrêt resté isolé admet que l'attestation puisse être dactylographiée.

³⁶ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 31^e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 476, n° 619.

³⁷ J.-P. WAYMEL, *Les formes du testament olographe*, Paris, Montchrestien, 1966, p. 26.

³⁸ A. HOC, «Les attestations écrites dans le Code judiciaire», *J.T.*, 2013, p. 279.

³⁹ L. du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire, *M.B.*, 26 juin 1935, p. 4002.

adressées directement au tribunal par un tiers imposerait alors leur traduction, si le juge ou une partie ne les comprend pas, à l'initiative et aux frais du tribunal.

C. Sanctions

1. Absence de nullité

11. La nouvelle loi vient encadrer plus qu'auparavant les conditions de recevabilité et de forme des attestations écrites. Toutefois, il convient tout d'abord de rappeler que les règles relatives à la preuve en droit belge ne sont pas d'ordre public, et que donc ces nouvelles règles relatives aux témoignages écrits ne le sont pas non plus⁴⁰.

Il faut ensuite insister sur le fait qu'aucune de ces nouvelles règles n'est prévue à peine de nullité. Or, ainsi que le prévoit sans équivoque l'article 860 du Code judiciaire, aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul si la nullité n'est pas formellement prononcée par la loi. Cette analyse, qui à vrai dire pourrait se suffire à elle-même, est corroborée par la lecture des travaux préparatoires de la loi⁴¹ et se conforme à la jurisprudence française, abondante et unanime en ce sens⁴². Il en résulte que le juge du fond doit pouvoir apprécier souverainement si, en présence d'une éventuelle irrégularité dont l'attestation pourrait être entachée, celle-ci présente ou non des garanties suffisantes pour emporter sa conviction et ne pas être écartée des débats⁴³. À nouveau, la jurisprudence française est constante sur ce point⁴⁴ et les travaux préparatoires s'y réfèrent sans restriction⁴⁵.

Toutefois, le juge ne peut rejeter une attestation au motif qu'elle n'est pas conforme à l'une ou plusieurs des conditions posées par la loi sans préciser en quoi elle n'est pas régulière⁴⁶. Cette exigence se déduit très naturellement de l'obligation de motivation formelle qu'imposent au juge tant l'article 149 de notre Constitution que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme protégeant le droit à un procès équitable⁴⁷. Pour le reste, il appartient au juge, comme en

matière de témoignage oral⁴⁸, d'apprécier la valeur probante du témoignage écrit. Il s'agit là d'une question de pur fait pour l'appréciation de laquelle le juge jouit une nouvelle fois d'un pouvoir souverain⁴⁹. Le contrôle de la Cour de cassation se limite donc à vérifier que le juge du fond n'a pas violé la foi due aux déclarations des témoins, c'est-à-dire n'a pas adopté une interprétation de ces déclarations qui serait inconciliable avec leurs termes mêmes⁵⁰.

2. Sanctions pénales

12. Bien que l'article 961/2, al. 5, du Code judiciaire suggère que l'auteur d'une fausse attestation puisse s'exposer à des sanctions pénales (voy. *supra*), on peine à voir avec précision à quelle sanction le législateur a véritablement pensé. Il faut en tout cas exclure qu'il puisse s'agir de l'infraction de faux témoignage (art. 220 C. pén.), dès lors que son élément matériel suppose, pour être constitué, que les déclarations mensongères aient été faites sous serment. Point de serment imposé en matière d'attestation écrite et, par conséquent, point d'infraction. Il ne peut pas non plus s'agir d'une amende similaire à celle à laquelle le témoin cité et défaillant peut être condamné en matière de témoignage oral (art. 926 C. jud.), puisque la rigueur du principe «*nullum crimen sine lege*» empêche en la matière tout raisonnement par analogie.

On pourrait cependant envisager qu'une déclaration écrite inexacte établie par un particulier, transmise au juge et versée au dossier de la procédure, puisse constituer un faux en écriture au sens de l'article 196 du Code pénal⁵¹. À cet égard, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de décider que le faux témoignage n'excluait pas l'infraction de faux en écriture⁵².

3. Responsabilité civile

13. Sur le plan civil, rien ne fait obstacle à la mise en cause par les parties de la responsabilité aquilienne du témoin défaillant ou convaincu de fausse déclaration. Pareille solution peut être dégagée tant de l'application générale de l'article 1382 du Code civil que d'un raisonnement par analogie avec l'action en dommages et intérêts reconnue aux parties contre le tiers qui, sans motif légitime, refuse de produire les documents requis (art. 882 C. jud.) ou s'abstient de témoigner (art. 926 C. jud.).

⁴⁰ D. MOUGENOT, «L'administration de la preuve et les mesures d'instruction», in *Actualités en droit judiciaire* (H. BOULARBAH et F. GEORGES, dir.), Bruxelles, Larcier, 2013, C.U.P., vol. 145, p. 325 et la jurisprudence citée.

⁴¹ Proposition de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de supprimer des formalités de procédure onéreuses et superflues, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2010, n° 53-0075/1, p. 5.

⁴² Voy. la jurisprudence citée par A. Hoc, *op. cit.*, p. 279.

⁴³ J.-L. MOURALIS, *Répertoire de droit civil*, v° Preuve, Paris, Dalloz, 2011, p. 80, n° 634.

⁴⁴ A. Hoc, *op. cit.*, p. 279.

⁴⁵ Proposition de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de supprimer des formalités de procédure onéreuses et superflues, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2010, n° 53-0075/1, p. 5.

⁴⁶ Cass. fr. (soc.), 24 avril 1980, *D.*, 1981, p. 92, note LÉGIER; Cass. fr. (soc.), 10 février 1982, *Bull. civ.*, IV, n° 81.

⁴⁷ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, *Errat.*, *M.B.*, 29 juin 1961.

⁴⁸ D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 312, n° 225.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 312, n° 226.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 313, n° 226 et jurisprudence citée.

⁵¹ En ce sens également, D. PIRE, *op. cit.*, p. 55.

⁵² Cass., 17 novembre 2009, *N.C.*, 2010, p. 126, *Pas.*, 2009, p. 2667 et *R.A.G.B.*, 2010, p. 416, note WAETERINCKX et DE SCHEPPER.

IV. QUESTIONS PARTICULIÈRES

A. Pas d'attestations spontanées

14. Contrairement à ce que pourrait suggérer une lecture hâtive de l'article 961/2, al. 1, du Code judiciaire («le juge communique aux parties [les attestations] qui lui sont directement adressées»), les tiers ne sont pas admis à produire spontanément des attestations écrites. En effet, le texte précise auparavant que les attestations sont produites «par les parties ou à la demande du juge».

L'article 961/2, al. 1, vise simplement l'hypothèse dans laquelle le tiers, une fois sollicité, adresserait son attestation directement au juge. Dans ce cas, et pour respecter le principe du contradictoire, le juge devra en faire communication aux parties.

B. Pouvoir d'injonction du juge

15. Le témoignage écrit peut désormais constituer une mesure d'instruction à part entière. En effet, le juge doit pouvoir ordonner à un tiers de produire une attestation écrite, même sans que les parties n'en aient introduit la demande. Ce pouvoir d'injonction lui est reconnu par l'article 871 du Code judiciaire, tout autant qu'il peut être déduit par analogie de la solution retenue en matière de production de documents (art. 877 C. jud.). Il s'agit d'ailleurs là, et bien que cet aspect des choses semble avoir en partie échappé à la conscience du législateur, de la seule et unique innovation majeure qu'apporte la loi du 16 juillet 2012 par rapport au régime auquel étaient soumises les attestations écrites par le passé⁵³. Il est d'ailleurs bien regrettable que le législateur n'ait pas détaillé davantage la procédure par laquelle de telles attestations peuvent être exigées par le juge lui-même. Dans le silence de la loi, et face à l'embarrassant mutisme de la jurisprudence française sur ce point, on en est réduit à convoquer les principes généraux du procès civil et à raisonner en termes d'analogie avec les autres mesures d'instruction.

Il est tout d'abord acquis que le juge ne peut ordonner à un tiers de produire une attestation écrite que par un jugement, puisqu'il s'agit d'une mesure d'instruction. Ce jugement doit en outre être considéré comme étant exécutoire par provision (art. 1496 C. jud.) et doit pouvoir le cas échéant être prononcé sous astreinte⁵⁴. Il y a également lieu de considérer que cette décision peut être frappée des voies de recours classiques que sont l'appel (art. 616 et 1051 C. jud.), l'opposition (art. 1047 C. jud.) et, pour le tiers interpellé, la tierce opposition (art. 1122 C. jud.).

La manière dont la demande d'attestation peut être communiquée aux tiers n'est pas réglée par la loi. Un auteur suggère à cet égard d'appliquer la procédure prévue à l'article 877 pour les demandes de production de documents⁵⁵. Cette solution est

⁵³ En revanche, la possibilité qu'a le juge de solliciter le témoignage d'un tiers en particulier (que n'auraient pas suggéré les parties) ne constitue pas une innovation en soi, dès lors qu'une telle pratique semble déjà admise en matière d'enquête lorsque celle-ci est ordonnée d'office par le juge (Comm. Brugge, 24 mai 1973, *R.W.*, 1973-74, p. 501).

⁵⁴ Dans ce sens, D. PIRE, *op. cit.*, p. 47.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 51.

contestable dans la mesure où la rédaction d'une attestation écrite ne correspond pas à la production d'un document préexistant⁵⁶. En outre, l'application littérale de l'article 878, qui régit la production de documents par des tiers, n'est pas possible. En effet, cet article permet aux tiers de déposer la pièce en original ou en copie. Le dépôt d'une copie de l'attestation ne paraît en revanche pas conforme à l'exigence de signature de celle-ci.

Autre piste: s'inspirer de la procédure d'enquête classique, pour laquelle le témoin récalcitrant peut être cité à comparaître (art. 925 C. jud.). Mais une telle procédure n'est pas prévue et n'est d'ailleurs pas transposable en matière d'attestation écrite⁵⁷, car on ne peut utiliser la citation que pour contraindre quelqu'un à comparaître devant un tribunal. Le juge conserve toutefois la possibilité de basculer vers la procédure d'enquête classique en cas de refus de dépôt d'attestation (voy. *infra*).

Enfin, il y a lieu de rappeler que conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière⁵⁸, le pouvoir d'injonction du juge peut être limité – voire neutralisé – par l'existence d'un accord procédural aux termes duquel, en vertu du principe dispositif, les parties auraient explicitement exclu le prononcé d'une mesure d'instruction déterminée⁵⁹. Rien ne semble indiquer qu'il faille s'écarter de cette solution en matière de témoignage écrit.

C. Possibilité d'enquête ultérieure

16. Aux termes mêmes de l'article 961/3 du Code judiciaire, le juge peut toujours procéder à l'audition de l'auteur de l'attestation. Il s'agit là d'une simple faculté dont l'usage relève de son pouvoir souverain d'appréciation⁶⁰, et il n'est pas tenu de faire droit à une demande d'enquête s'il estime que les attestations produites présentent en elles-mêmes une valeur probante suffisante⁶¹. En cas de contradiction entre attestation écrite et témoignage oral, aucun motif juridique ne permet de faire primer l'un sur l'autre, le juge appréciant souverainement leur valeur probante respective⁶². La Cour de cassation de France a ainsi jugé que l'absence de serment en matière de témoignage écrit ne pouvait en soi signifier que celui-ci aurait une moindre valeur probante que le témoignage oral⁶³.

⁵⁶ D. MOUGENOT, «L'administration de la preuve et les mesures d'instruction», *op. cit.*, p. 325.

⁵⁷ W. VANDENBUSSCHE et W. SYS, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁸ Cass., 2 juin 2005, *Pas.*, p. 1167; Cass., 9 mai 2008, *Pas.*, p. 1137; Cass., 28 septembre 2012, C.12.0049.W. Sur l'articulation de cette jurisprudence avec l'article 875bis nouveau du Code judiciaire, voy. O. MIGNOLET, *L'expertise*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 66, n° 31. Par extension de cet enseignement, il faut admettre que les parties pourraient aussi, dans un second temps, s'accorder pour neutraliser une demande d'attestation formulée d'office par le juge.

⁵⁹ H. BOULARBAH, «Le nouveau droit de l'expertise judiciaire», in *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 14-15.

⁶⁰ Cass. fr. (2^e civ.), 28 février 1978, *D.*, 1979, IR 509, note JULIEN; Cass. fr. (com.), 3 novembre 1983, *Bull. civ.*, IV, n° 290.

⁶¹ Cass. fr. (2^e civ.), 9 janvier 1974, *Bull. civ.*, II, n° 12.

⁶² D. MOUGENOT, «La loi...», *op. cit.*, p. 636, n° 14.

⁶³ Cass. fr. (civ.), 1^{er} juin 1954, *D.*, 1954, p. 589, cité par W. VANDENBUSSCHE et W. SYS, *op. cit.*, p. 34.

Il n'est pas non plus interdit au juge, après avoir reçu une première attestation, d'adresser au témoin des questions supplémentaires et des demandes d'éclaircissements, donnant lieu à la production d'une nouvelle attestation⁶⁴.

V. PREMIÈRE ÉVALUATION ET PROSPECTIVES

A. Subsidiarité de l'enquête?

17. L'un des principaux objectifs de la loi était de favoriser l'accélération du procès en reléguant progressivement au second plan la procédure d'enquête, jugée onéreuse et chronophage. Georges de Leval et Fred Erdman notaient ainsi dans leur rapport que le succès du témoignage écrit avait été si important en France que l'enquête y était tombée quasi en désuétude⁶⁵.

Force est cependant de constater que, pour l'heure, le succès escompté n'est pas au rendez-vous. La raison en est peut-être que le témoignage écrit continue à présenter moins de garanties que le témoignage oral en termes de fiabilité, puisqu'il faut bien reconnaître que la sincérité d'une déposition orale est souvent plus facile à mesurer que celle d'une déclaration écrite⁶⁶. Par ailleurs, la procédure écrite ne permet pas au juge, contrairement à ce qui est possible au sein de la procédure orale, de poser aussi facilement au témoin une série de questions précises et d'en cerner la crédibilité.

Il y a toutefois lieu de rappeler que le juge a l'obligation de limiter le choix de la mesure d'instruction à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse (art. 875*bis* C. jud.). En principe, le juge serait donc le plus souvent tenu de recourir par priorité à la procédure d'enquête écrite plutôt qu'à la procédure orale.

Un juste milieu entre ces préoccupations contradictoires pourrait être trouvé dans le système en vogue en droit anglo-saxon et en arbitrage international, qui consiste à exiger dans un premier temps des témoins des déclarations écrites, le juge se réservant le droit de ne convoquer ensuite pour une audition en bonne et due forme que ceux d'entre eux dont les déclarations méritent d'être éclaircies⁶⁷. Cette possibilité est d'ailleurs explicitement prévue par le nouvel article 961/3 du Code judiciaire (voy. *supra*).

B. Une occasion d'enrichir le débat par des témoignages plus précoces

18. Un des reproches adressés à la procédure d'enquête classique réside dans le fait que les témoins sont entendus à un stade avancé du procès, souvent plusieurs années après les faits. Les demandes d'enquête sont régulièrement formulées à titre subsidiaire, au cas où le tribunal ne s'estimerait pas suffisamment éclairé par

les pièces du dossier. Ce n'est donc qu'après une mise en état complète et plaidoirie de l'affaire que l'audition de témoins est ordonnée par le juge. La production d'attestations écrites par les parties permet de pallier cet écueil. En effet, rien ne les empêche de recueillir des témoignages écrits juste après la naissance du litige ou l'introduction de la procédure. Il n'est pas nécessaire d'attendre une décision du tribunal. La qualité des témoignages sera d'autant plus grande qu'ils sont rédigés de manière précoce.

La réception de témoignages écrits étant moins lourde que la procédure d'enquête classique, il est également possible de produire des attestations plus nombreuses que le nombre de témoins qu'une procédure habituelle aurait permis d'entendre. Cela permet de limiter les objections de témoignages de complaisance: il est plus difficile d'accuser dix témoins de mensonge qu'un seul. Cela peut aussi conforter considérablement la position d'une partie, en écartant ou limitant sensiblement le doute concernant les faits allégués. Dans certains cas, la production d'un grand nombre d'attestations sérieuses et concordantes pourrait amener la partie adverse à transiger.

Par ailleurs, lorsque les enquêtes sont ordonnées par le juge, il n'est, par définition, pas encore possible de déterminer le contenu des déclarations des témoins. Or, la pratique démontre que les enquêtes réservent parfois des surprises, les témoins faisant état de faits qui ne ressortaient pas clairement du dossier jusque-là. Ces déclarations des témoins doivent alors faire l'objet d'un nouveau débat entre parties. La production de témoignages écrits en cours de mise en état permet de gagner du temps. Si les déclarations des témoins introduisent des éléments nouveaux, ceux-ci pourront immédiatement faire l'objet d'une discussion entre parties, sans devoir attendre un stade ultérieur de la procédure. Le débat en sera enrichi.

On voit donc que l'usage systématique des attestations écrites par les parties elles-mêmes, sans attendre une initiative du juge, est susceptible de faire gagner un temps précieux. Mais il faudrait pour cela un changement de mentalité. La preuve par témoins a souvent mauvaise presse. C'est lié aux limites de ce mode de preuve, très dépendant de la qualité de la mémoire humaine ou du caractère influençable des témoins. Mais c'est aussi la conséquence de la lourdeur de la procédure. De ce fait, dans bon nombre de dossiers, le juge statue sur la base d'un dossier incomplet, alors que des auditions de témoins permettraient peut-être d'y voir plus clair sur le déroulement des faits. Mais le juge ne recourt pas à cette mesure d'instruction, parce qu'aucune des parties ne le demande et qu'elle lui paraît inutilement lourde par rapport à l'enjeu du litige. Si les parties avaient le réflexe de recueillir spontanément des attestations écrites, la part d'obscurité des dossiers en serait atténuée et le recours mécanique aux règles relatives au risque de la preuve serait donc plus limité. La qualité des jugements ne peut qu'en être améliorée, parce que le juge fonderait sa décision sur une analyse des faits établis par le dossier et non pas simplement sur l'absence de preuve.

C. Witness coaching

19. Pourvu que le recours au témoignage écrit se généralise à terme devant les juridictions belges, pareille évolution ne devrait pas rester sans conséquence

⁶⁴ D. PIRE, *op. cit.*, p. 57.

⁶⁵ F. ERDMAN et G. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 223.

⁶⁶ J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, p. 80, n° 633.

⁶⁷ D. MOUGENOT, «La loi...», *op. cit.*, p. 636.

sur les règles censées guider les rapports entre les parties et les témoins. Jusque récemment, les règles de déontologie édictées par l'Ordre des avocats leur défendaient tout contact avec les personnes appelées à témoigner⁶⁸. La philosophie même de la procédure d'enquête voulait que ce soit le juge qui interpelle et interroge les témoins, sans possibilité d'interaction directe entre ces derniers et les parties (voy. not. l'art. 936 C. jud.).

La rigueur de cette règle s'est cependant déjà vue tempérée en matière de modes alternatifs de résolution des conflits, et singulièrement en matière d'arbitrage international où les avocats belges se trouvaient désavantagés par rapport à des confrères étrangers qui n'étaient pas soumis à pareille interdiction. Dans ce cadre, il est donc désormais admis que l'avocat puisse avoir des «contacts préparatoires avec un témoin pressenti afin de l'assister, s'il y a lieu, dans la préparation d'une attestation écrite, ainsi qu'avant son audition»⁶⁹. Il s'agit là d'une première brèche dans un principe longtemps tenu pour intangible, et que dans un autre domaine, l'admissibilité des attestations écrites pourrait bien élargir un peu plus. En effet, il faudra bien finir par reconnaître que la réduction des contacts directs entre les juges et les témoins ira plus que probablement de pair avec une présence croissante des avocats auprès de ces derniers.

D. Circulation internationale des preuves

20. Le recours accru aux attestations écrites devrait être de nature à favoriser la circulation des preuves au niveau international, et en particulier au niveau européen. Dans un son arrêt *Lippens*⁷⁰ du 6 septembre 2012, la Cour de justice de l'Union européenne a en effet affirmé le principe selon lequel le juge d'un État membre de l'Union pouvait ordonner à un témoin situé dans un autre État membre de venir témoigner devant lui, sans qu'il soit besoin de recourir aux mécanismes de coopération prévus par la législation européenne spécifique⁷¹, s'il s'avérait que ceux-ci seraient, eu égard aux circonstances de l'espèce, plus lourds et moins rapides à mettre en œuvre (en l'occurrence, Maurice Lippens, convoqué comme témoin dans le litige l'opposant à d'anciens actionnaires de Fortis devant les juridictions néerlandaises, demandait la mise en place d'une commission rogatoire pour être entendu en Belgique et en langue française)⁷².

⁶⁸ M. WAGEMANS et Y. OSCHINSKY, *Recueil des règles professionnelles*, éd. 2011, Bruxelles, Ordre français des avocats du Barreau de Bruxelles, 2011, p. 494, n° 462.

⁶⁹ «Règlement du Conseil de l'Ordre du 12 octobre 2010 sur les relations de l'avocat avec les témoins dans les modes de résolution des conflits qui ont un fondement contractuel tels que l'arbitrage, la médiation, la conciliation ou la tierce décision obligatoire», in M. WAGEMANS et Y. OSCHINSKY, *op. cit.*, p. 496, n° 462-2.

⁷⁰ C.J.U.E., 6 septembre 2012, *Lippens c. Kortekaas et al.*, aff. C-170/11, *JO C*, 27 octobre 2012, p. 8, *J.D.E.*, 2012, p. 260 (somm.) et *J.L.M.B.*, 2013, p. 1945, note A.K.

⁷¹ Règlement (CE) 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, *JO L 174* du 27.06.2011, pp. 1-24.

⁷² Sur la comparaison d'un témoin se trouvant à l'étranger, voir également A. KOHL, «Les mesures d'instruction», in H. BOULARBAH (dir.), *Actualités et développements récents en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2004, C.U.P., pp. 201-259, p. 222.

S'il est donc acquis au regard du droit européen qu'un juge peut convoquer devant lui des témoins ne relevant pas de la juridiction de son État, il doit *a fortiori* être possible pour lui d'exiger d'eux de lui faire parvenir des attestations écrites. Pareille mesure devrait en effet, dans la majorité des cas, être considérée comme plus rapide et plus efficace que le recours à tout autre mécanisme de coopération plus contraignant prévu par la législation européenne en la matière⁷³.

VI. CONCLUSION

21. L'inclusion dans notre Code judiciaire des trois articles consacrant l'admissibilité des attestations écrites en droit belge ne constitue pas en soi un événement révolutionnaire. La loi consacre ici une pratique depuis longtemps admise en jurisprudence plus qu'elle ne met à disposition des parties un outil supplémentaire et inédit pour leur permettre de rapporter la preuve des faits qui soutiennent leurs prétentions. Elle confère cependant au juge un pouvoir neuf, en ce qu'il est désormais fondé à exiger d'un tiers – même d'office – qu'il produise une attestation écrite. En ce sens, la loi s'inscrit parfaitement dans la dynamique jurisprudentielle, largement commentée et encouragée en doctrine⁷⁴, visant à conférer au juge un rôle toujours plus actif dans la conduite du procès civil.

On regrettera cependant que le législateur, se contentant de reproduire l'œuvre de son homologue français, n'ait pas davantage précisé les modalités selon lesquelles pareil pouvoir devait être exercé par le juge. Ce flou juridique, auquel s'ajoutent d'autres incertitudes, notamment quant à la recevabilité des témoignages indirects et le caractère manuscrit des attestations, n'est pas de nature à favoriser le recours à cette nouvelle mesure d'instruction, dont tout le monde s'accorde pourtant à dire qu'elle permettrait des économies de temps et d'argent significatives si elle était véritablement utilisée.

⁷³ Sur ces questions, ainsi que sur les rapports entre le règlement européen sur l'obtention des preuves et les règlements de Bruxelles I et Bruxelles Ibis, voy., dans le présent ouvrage, I. COUWENBERG, «Bewijsvergaring in de Europese Unie», n° 6 et s.

⁷⁴ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, «Le nouveau droit judiciaire, en principes», in G. DE LEVAL et F. GEORGES (dir.), *Le droit judiciaire en mutation. En hommage à Alphonse Kohl*, Liège, Anthémis, 2007, C.U.P., pp. 213-331.